

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
Magistrado: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, quince (15) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

SALA DE DECISIÓN ORAL N° 2

REFERENCIA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	FAVIAN OSPINO NIETO
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
RADICACIÓN:	50001-33-33-002-2018-00031-01

I. AUTO

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto del 21 de enero de 2019¹ proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante el cual rechazó la demanda interpuesta, mediante apoderado, por FAVIAN OSPINO NIETO en contra de NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

II. ANTECEDENTES

El señor FAVIAN OSPINO NIETO, por intermedio de su apoderado judicial, interpuso el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho a través del cual pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) 20173170691941MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 2 de mayo de 2017, por medio del cual se negó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste salarial con la inclusión del subsidio familiar, ii) 20173181316201MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 9 de agosto de 2017 proferido por el MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a través del cual se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, iii) 211- CREMIL 29712- CONSECUTIVO 2017-20346 del 24 de abril de 2017, por el cual se le negó el reajuste de la asignación mensual de retiro, con la inclusión del 20% por soldado voluntario, subsidio familiar y prima de antigüedad, y iv) el 690-CREMIL-54978-79415-110692- CONSECUTIVO 2017-79525 del 11 de diciembre de 2017 proferido por CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar y prima de navidad.

¹ Folio 79, cuaderno de primera instancia.

Posteriormente, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio observó que no se acreditaba el cumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011 con respecto de los actos administrativos demandados: i) 20173170691941 MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 2 de mayo de 2017 y ii) 20173181316201:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 9 de agosto de 2017 expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional ya que estos actos tratan sobre el pago del reajuste de sueldos que devengaba el demandante al momento de estar en servicio activo, lo que los hace susceptibles de ser conciliables para ese Despacho, es por esto que se inadmite la demanda para que la parte actora la corrigiera, so pena de rechazo.

Mediante memorial del 20 de abril de 2018², el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación en el cual argumenta que los derechos laborales tienen carácter de irrenunciables e indiscutibles, por lo cual estos no requieren del requisito de procedibilidad, de igual manera indicó que el medio de control fue interpuesto en término por lo que no había operado el fenómeno de la caducidad.

Al respecto, el *a quo* a través del auto del 17 de septiembre de 2018³ negó el recurso de reposición interpuesto toda vez que se requería del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 161 del C.P.A.C.A, con el fin de contar los términos de caducidad, ya que lo solicitado corresponde a temas de reajuste del pago de sueldos que el demandante devengaba cuando estaba en servicio activo.

Finalmente, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio en auto del 21 de enero de 2019⁴ rechazó la demanda al no haber sido subsanada en los términos en que había requerido a la parte accionante.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El día 25 de enero de 2019⁵, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra el auto del 21 de enero del presente año en el cual se rechazó la demanda, argumentando que el *a quo* justificó la inadmisión de la demanda por la falta de agotamiento de la conciliación extrajudicial, la cual, a su juicio, se requiere por cuanto los actos demandados se refieren a temas relacionado con el pago del reajuste del sueldo en actividad; sin embargo, en el auto del 17 de septiembre de 2018, modificó su postura señalando que se debía acreditar la conciliación para efectos de contar los términos de caducidad y como no se subsanó la demanda en los términos indicados por el Juzgado de conocimiento rechazó la demanda de la referencia.

De igual modo, considera que de alguna manera se cambiaron las reglas, ya que si lo que se pretendía era contar los términos de caducidad se debió indicar así en la providencia del 16 de abril de 2018, para que la parte actora actuara de conformidad.

² Folio 69-71, *ibidem*.

³ Folios 74-75, *ibidem*.

⁴ Folio 79, *cuaderno de primera instancia*

⁵ Folio 81-84, *ibidem*.

Además de esto, reitera su postura respecto de que los actos administrativos objeto de debate tratan sobre derechos laborales que por virtud del artículo 53 de la Constitución Nacional son irrenunciables, y por lo tanto, no pueden ser objeto de conciliación por lo que se puede prescindir del agotamiento del requisito de procedibilidad, pues son prestaciones que ya están establecidas por la Ley y no pueden ser desconocida por ninguna autoridad administrativa o judicial.

Por otra parte, resalta que en el presente proceso se demanda a dos autoridades administrativas, - *Ejército Nacional y Cremil* -, es decir que adicional a lo que se ha dicho hasta acá, en la pretensión tercera y cuarta se solicitó la nulidad de los actos emanados de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES y de acuerdo a los deberes del juez señalados en el artículo 42 del Código General del Proceso, el Despacho al negar el recurso de reposición el auto inadmisorio, debió proferir auto admisorio respecto de las pretensiones invocadas contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, ya que estas no fueron objeto de reproche en el auto que inadmitió la demanda.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que se trata de un auto proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, y lo dispuesto en el artículo 243 del C.P.A.C.A, el cual contempla el auto que rechaza la demanda como de aquellos frente a los que es procedente la apelación, corresponde a esta corporación su conocimiento como superior funcional.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta la decisión objeto del recurso, corresponde a la sala analizar:

Si es necesario el requisito de procedibilidad de la conciliación extraprocésal, de la que trata el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, respecto de los actos administrativos demandados expedidos por el Ministerio de Defensa - *Ejército Nacional y Cremil*, mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago del reajuste salarial, incluyendo el subsidio familiar y el reajuste de las demás acreencias laborales.

Si se encuentra caducado el medio de control de Nulidad y Restablecimiento respecto de cada uno de los actos demandados por FAVIAN OSPINO NIETO y proferidos por NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL y la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

3. Caso concreto

3.1 Conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad

Para efectos de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es indispensable, tener en cuenta que solo son materia de

conciliación los que tengan el carácter de "inciertos y discutibles", por otra parte en el artículo 53 de la Constitución Política, encontramos los derechos que no pueden ser objeto de negociación por ninguno de los extremos procesales, en los cuales encontramos los derechos laborales.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral, de la siguiente manera:

"No obstante, dicho planteamiento tiene particularidades en materia de conciliación laboral, donde resulta obligada la remisión a los principios de rango constitucional contenidos en los artículos 48 y 53 de la Carta Política. El primero de tales principios es el de irrenunciabilidad, en virtud del cual se encuentra proscrito el desconocimiento de los derechos laborales mínimos del trabajador, incluso en aquellos casos en que este, de manera expresa, ha prestado su consentimiento para tales efectos.

En consonancia con dicho principio, se encuentra el que consagra la facultad de transigir y conciliar derechos inciertos y discutibles. Un derecho es cierto cuando puede establecerse sin duda alguna que se configuró por haberse dado los supuestos fácticos previstos en la norma que lo contiene, independientemente de que las partes de la relación laboral estén envueltas en una disputa en torno a su nacimiento. En otras palabras, se trata de un derecho adquirido y consolidado por oposición a una mera expectativa o a un derecho en formación.

*Conforme a lo expuesto, es claro que, en materia contenciosa administrativa laboral, el principio de irrenunciabilidad y la facultad constitucional de conciliar y transigir únicamente derechos inciertos y discutibles constituyen verdaderos límites a la autonomía de la voluntad, motivo por el cual no resulta razonable ni justificada la exigencia de someter a una audiencia de conciliación extrajudicial la controversia de derechos ciertos e indiscutibles."*⁶

Ahora bien, analizando el caso en particular tenemos que el demandante solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, negó el reconocimiento y pago de la reliquidación y reajuste del 20% de su salario desde que fue incorporado como soldado profesional, la prima de antigüedad, subsidio familiar y demás prestaciones sociales.

Por lo anterior, este Despacho considera que al tratarse de derechos laborales tienen el carácter de ciertos e indiscutibles, al encontrarse protegidos constitucionalmente por el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no requieren el agotamiento de este requisito de procedibilidad, pues la norma es clara en afirmar que solo se deberá agotar en aquellos asuntos que sean conciliables.

Así las cosas, el medio de control de la referencia no debía haber sido inadmitido y mucho menos rechazado bajo este argumento, toda vez que el objeto del litigio recae

⁶ Radicación número: 11001-03-15-000-2018-04076-00(AC), Sección Segunda-Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez

en derechos laborales que no pueden ser conciliados, razón por la cual se modificará el auto de primera instancia.

3.2 Caducidad del medio de control

Por otra parte, tenemos que en auto del 21 de enero del 2019⁷, el *a-quo* señaló que en el presente asunto solicitaba el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 161 del C.P.A.C.A con el fin de contar los términos de caducidad de la acción, ya que lo requerido en estos actos corresponde a temas de reajuste de los salarios que el demandante devengaba cuando se encontraba en servicio activo y al perder su periodicidad por haberse retirado de la entidad, operaba la caducidad.

En primer lugar, se debe señalar que la conciliación prejudicial tiene dos efectos: i) opera como requisito de procedibilidad, en otras palabras es imperativo su agotamiento para acudir a la administración de justicia y ii) como causal de suspensión del término de la caducidad de la acción en determinado medio de control; los cuales no deben confundirse como uno solo puesto que tienen características que los diferencian al momento de ser aplicada en un caso particular.

En ese sentido, es de advertirse que el primer presupuesto fue estudiado en el acápite anterior, estableciéndose que en el presente caso no era necesario el requisito de procedibilidad, al encontrarnos en disputa derechos laborales; ahora bien, en cuanto a la caducidad de la acción en el presente medio de control, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

"(...)

"2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

"(...)

"d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales (...)".

La norma establece el término en el cual se debe acudir a la jurisdicción a impugnar un acto administrativo de contenido particular para evitar la caducidad del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, y para el efecto consagró el plazo de cuatro (4) meses siguientes al día de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

En ese sentido, la caducidad hace parte de los presupuestos procesales de la acción que exige a quien pretenda ejercer demanda, lo haga dentro del término prescrito en la ley, es decir, es la sanción procesal que sufre el actor por ejercer su derecho de acción fuera de lo dispuesto en la ley.

⁷ Folio 79, *ibidem*.

Esta figura constituye una institución jurídico procesal, en virtud de la cual con el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, la persona pierde la oportunidad de acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa; por ende para que se presente este fenómeno, se requiere la ocurrencia del término establecido en la ley y que no se haya ejercido el derecho de acción.

Por otro lado, el Consejo de Estado frente a la situación puntual de la reclamación de las prestaciones periódicas, ha manifestado como opera la caducidad cuando se ha producido la desvinculación del servicio, señalando⁸:

"En lo que respecta al argumento de que se trata de una reclamación de prestaciones periódicas, la Sala debe precisar que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que no opera el fenómeno de la caducidad para demandar los actos que reconozcan o nieguen las mismas; sin embargo, al producirse la desvinculación del servicio, se hace un reconocimiento de prestaciones definitivas y, en tal medida, las prestaciones o reconocimientos salariales que periódicamente se reconocían y pagaban, bien sea mensual, trimestral, semestral, anual o quinquenalmente, dejan de tener el carácter de periódicos, pues ya se ha expedido un acto de reconocimiento definitivo, al momento de finiquitar la relación laboral".

En el mismo sentido se ha pronunciado ésta Corporación en varias oportunidades indicando lo siguiente:

"Ahora bien, en punto de reclamación por salarios y demás prestaciones sociales derivadas de una relación laboral, que es la tesis planteada por el recurrente y, haciendo una interpretación extensiva de la línea jurisprudencial citada en precedencia, habrá de predicarse su periodicidad mientras subsista el vínculo laboral; ya que tal derecho (el de recibir salarios y prestaciones), contrario a la característica de la mesada pensional, no es vitalicio ni sustituible, sino finito e intuitu personae, al extinguirse por la desaparición del nexo laboral y sólo exigible por el sujeto que de manera directa hubiere prestado sus servicios en cumplimiento de las estipulaciones pactadas en el mismo; dicho en otras palabras, la periodicidad de las prestaciones reclamadas por la demandante desapareció el mismo día en que ocurrió su desvinculación como empleada de la entidad demandada, por lo que, ante la afectación de sus derechos, ha debido impetrar la acción correspondiente dentro del término de caducidad previsto por el artículo 136 del Decreto 1 de 1984, vigente para la época de ocurrencia de los acontecimientos."⁹

De acuerdo con lo expuesto, el término de caducidad debe establecerse según la naturaleza de la pretensión, puesto que se pueden presentar las siguientes situaciones: i) que la reclamación haya sido realizada con el fin de afectar una prestación periódica o ii) que el acto se trate de prestaciones causadas; sin embargo, no se puede perder de

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero. Fecha 13 de febrero de 2014. Radicado 47001-23-31-000-2010-00020-01(1174-2012).

⁹ M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente número: 05001-23-33-000-2013-00262-01(3639-14).

vista que la naturaleza de dichas prestaciones pueden ser cambiantes de conformidad con el desarrollo fáctico en cada caso.

Con base en lo anterior, la Sala observa que, por regla general, cuando la reclamación se trate de prestaciones periódicas el fenómeno de la caducidad no opera; no obstante, en los casos en que se pretenda el reconocimiento de un derecho generado durante la vinculación, al momento que esta cesa, los derechos perderán su naturaleza de periódicos y se tornarían definitivos, dando paso al conteo del término de caducidad feneciéndose el mismo en un lapso de cuatro (04) meses.

En el *sub lite*, la Sala considera que se debe analizar la caducidad de cada uno de los actos demandados, puesto que tienen contenido y fecha de expedición diferentes:

1.) Frente al acto administrativo correspondiente al radicado 20173170691941 MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10, se observa que la solicitud fue radicada el día 07 de abril de 2018, con la cual se pretendía: (i) que se ordenara la reliquidación y el reajuste del 20% de los salarios, desde que fue incorporado como soldado profesional, (ii) reliquidara y pagara la prima de antigüedad, de orden público, subsidio familiar y demás prestaciones sociales todo esto tomando como base de liquidación el salario que devengaba como soldado voluntario conforme a la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000.

Como se puede observar se trata de una reclamación de prestaciones periódicas que en principio no les operaría el fenómeno de caducidad, empero, teniendo en cuenta que el demandante ya se encontraba desvinculado de la institución, perdieron el carácter de periódicas en ese momento, por lo que, operaría la caducidad señalada en el literal d, numeral 2 del artículo 164 de C.P.A.C.A., por un término de cuatro (04) meses.

Conforme a esto el acto demandado fue proferido el día 2 de mayo de 2017, del cual no se observa fecha de notificación en el acto administrativo ni en lo expuesto en la demanda, es decir que tenía hasta el día 03 de septiembre de 2017 para presentarlo, sin embargo la demanda se presentó el 06 de febrero de 2018, por consiguiente es evidente que se encuentra caducada la oportunidad para demandar mediante este medio de control.

2.) De igual manera, se observa que con el acto 20173181316201 MDN-CGFM-COEJEC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del día 9 de agosto de 2017 proferido por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, se buscaba el reconocimiento y pago del subsidio familiar señalado en el artículo 11 de Decreto 1794 de 2000; teniendo en cuenta que esta reclamación también se realizó posterior a la desvinculación del demandante considera la Sala que la oportunidad para presentar la demanda también es la del artículo 164 del C.P.A.C.A, es decir que como el acto fue notificado el día 15 de agosto de 2017, el término oportuno para demandar este acto era hasta el 16 de diciembre de 2017, razón por la cual ya operó la caducidad para la presentación de la demanda de este acto, puesto que la demanda se presentó el 6 de febrero de 2018.

3.) Por otra parte, frente al acto 211- CREMIL 29712- CONSECURIVO 2017-20346 del 24 de abril de 2017 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; se

solicitó el reajuste de la asignación de retiro, la cual es una prestación periódica, por lo tanto, la presentación de la demanda puede ser realizada en cualquier tiempo según lo establecido en el literal c, numeral. 1 del artículo 164 del C.P.A.C.A, es decir que no cuenta con un término de caducidad para demandar este acto.

4.) Finalmente, respecto del acto demandado 690-CREMIL-54978-79415-110692-CONSECUTIVO 2017-79525 del 11 de diciembre de 2017 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; la parte accionante solicitó el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de nuevas prestaciones, razón por la cual podemos afirmar que nos estamos refiriendo a una prestación periódica, en ese sentido, no cuenta con un término de caducidad para la presentación de la demanda.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala confirmará parcialmente el auto del 21 de enero de 2019 en el sentido que se deberá continuar con el estudio de legalidad de los siguientes actos administrativos: i) 211- CREMIL 29712- CONSECURIVO 2017-20346 del 24 de abril de 2017 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y ii) 690-CREMIL-54978-79415-110692- CONSECUTIVO 2017-79525 del 11 de diciembre de 2017 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, sin más consideraciones

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el auto del 21 de enero de 2019 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Meta, en el sentido que se deberá continuar con el estudio de legalidad de los siguientes actos administrativos: i) 211- CREMIL 29712- CONSECURIVO 2017-20346 del 24 de abril de 2017 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y ii) 690-CREMIL-54978-79415-110692-CONSECUTIVO 2017-79525 del 11 de diciembre de 2017 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado Administrativo de origen para lo pertinente.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sala de decisión el día quince (15) de mayo de dos mil diecinueve (2019), según consta en el acta N° 45 de la misma fecha.

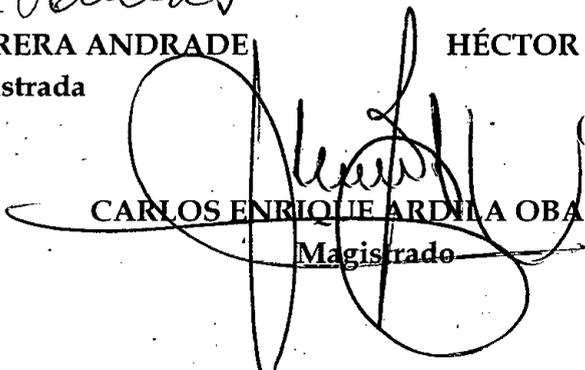
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada

HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO
Magistrado

(Ausente con permiso)



CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Magistrado